

Aktuelle Entwicklungstendenzen im Deutschen Anwaltsrecht

Hanns PRÜTTING*

Gliederung

- I. Der Rechtsstaat in Deutschland
- II. Die Situation der deutschen Rechtsanwaltschaft
- III. Historische Aspekte des Anwaltsberufs
- IV. Die aktuelle Situation und die Zukunft der freien Berufe
 - 1. Die zahlenmäßige Entwicklung
 - 2. Kanzleigrößen
 - 3. Wirtschaftliche Lage
 - 4. Probleme
 - 5. Die Zukunft der freien Berufe
- V. Beschränkungen der Anwaltstätigkeit im Gesellschaftsrecht
- VI. Regulierung und Deregulierung des Berufsrechts
- VII. Ergebnis

I. Der Rechtsstaat in Deutschland

Als am 08. Mai 1949 das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland angenommen wurde, begann eine nunmehr bereits 60 Jahre währende Phase einer so stabilen und gesicherten Rechtsstaatlichkeit, wie es sie in Deutschland wohl noch nie zuvor gegeben hatte. Das verbrecherische Regime der Nazizeit sowie die Katastrophe des 2. Weltkriegs und die anschließende schwierige Besatzungszeit hatten ganz offenkundig ein Bedürfnis nach Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, nach sittlichem Verhalten und Erneuerung ethischer Werte gebracht, wie wohl selten nach einem staatlichen Umbruch. Wenn aus heutiger Sicht oft das Bedürfnis der Menschen nach Wirtschaftsgütern und das viel beschworene Wirtschaftswunder als Kennzeichen der Jahre nach 1949 hervorgehoben werden, so ist dies nur ein Teil der Wahrheit.

Auf dem Fundament der neuen Verfassung entwickelten sich nicht nur Rechtsstaatlichkeit und materielle Gerechtigkeit, sondern es etablierte sich auch eine eigenständige prozedurale Gerechtigkeit. Äußerlich am sichtbarsten wurde dieses auf der Basis des

* Professor of Law, Director of Institute of Procedural Law at Cologne, Germany

Art. 95 Abs. 1 GG mit dem Ausbau der fünf Zweige der Gerichtsbarkeit und der Schaffung des Bundesverfassungsgerichts. Während die Zivilprozessordnung (ZPO) und die Strafprozessordnung (StPO) in bereinigter Fassung 1950 wieder erlassen wurden, schuf der Bundesgesetzgeber als weitere und weitgehend neue Verfahrensgesetze im Jahre 1953 ein Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) sowie ein Sozialgerichtsgesetz (SGG), im Jahre 1960 die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und schließlich im Jahre 1965 die Finanzgerichtsordnung (FGO). Zusammen mit den obersten Gerichtshöfen des Bundes wurde also ein Netz für Gerichtszugang und Verfahrensgerechtigkeit in allen Lebensbereichen geschaffen.

Neben dem Aufbau der Gerichtsbarkeit darf nicht vergessen werden, dass auch die einzelnen Justizpersonen umfassend neue oder erneuerte Berufsregeln erhielten. So wurden 1959 die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und 1961 das Deutsche Richtergesetz (DRiG) neu geschaffen. Im Jahre 1957 war bereits ein neues Rechtspflegergesetz erlassen worden und im Jahre 1961 wurde eine neue Bundesnotarordnung (BNotO) erlassen. All dies – die verfassungsrechtlichen Grundlagen, ein geordnetes materielles Recht, der Gerichtsaufbau, die Verfahrensgesetze, die Berufsgesetze der verschiedenen juristischen Professionen – führte rückblickend trotz mancher Schwierigkeiten und Probleme zu einem außerordentlich festen Fundament deutscher Rechtsstaatlichkeit.

Vor diesem Hintergrund muss es etwas verwundern, wenn im Jahre 2010 die Stellung des Rechtsanwalts als eines freien Berufs heftigen Diskussionen in Deutschland unterworfen ist.

II. Die Situation der deutschen Rechtsanwaltschaft

Die Stationen des tiefgreifenden Wandels nach 1949 und vor allem nach Schaffung der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) im Jahre 1959 können hier zunächst nur aufgezählt werden. Insbesondere kam es im Jahre 1987 durch die berühmten Entscheidungen des BVerfG vom 14.07.1987 zu einem grundlegenden Umbruch des gesamten anwaltlichen Berufsrechts. Denn damals wurden alle speziellen Anwaltspflichten, die von der Bundesrechtsanwaltskammer in sogenannten Richtlinien gesammelt und veröffentlicht worden waren, vom Bundesverfassungsgericht wegen fehlender Rechtsgrundlage beanstandet und außer Kraft gesetzt. Dies führte für mehrere Jahre zu einem Vakuum des Berufsrechts.

Im Jahre 1994 hat dann der Gesetzgeber die BRAO entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben umfassend novelliert und die Anwaltschaft selbst hat auf dieser Basis im November 1996 eine Berufsordnung verabschiedet, die im März 1997 in Kraft getreten ist. Inhaltlich hat in diesem Zusammenhang die Entwicklung zur überörtlichen und internationalen Sozietät, der Wegfall des Lokalisierungsgrundsatzes, die Rechtsprechung zum Zweitberuf, die Einführung

der Rechtsanwalts-GmbH, die weitgehende Auflockerung des Werberechts, der Drang zu Spezialisierungen und zur Ausweitung des Fachanwaltsbereichs, die europarechtlichen Öffnungen durch das Europäische Rechtsanwaltsgesetz (EuRAG) und vieles andere mehr einen permanenten Wandel anwaltsrechtlicher Grundlagen gebracht.

Trotz der umfassenden Reformversuche des Gesetzgebers von 1994 ergab sich weiterhin regelmäßig Handlungsbedarf. So hat der Gesetzgeber ab 01.03.1999 zugelassen, dass Rechtsanwälte sich in Form einer GmbH zusammenschließen und ihren Beruf ausüben. Weiterhin haben der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht durch mehrere Entscheidungen der Jahre 2000, 2002 und letztlich 2007 die gesamte Lokalisierung der deutschen Anwaltschaft aufgehoben. Heute kann jeder deutsche Rechtsanwalt vor jedem deutschen Gericht auftreten (Ausnahme: Bundesgerichtshof in Zivilsachen). Mit dem Entfallen einer Bindung des Rechtsanwalts an ein bestimmtes Gericht ist zugleich die Zuordnung des Rechtsanwalts zur jeweiligen Rechtsanwaltskammer festgelegt worden. Schließlich hat der Gesetzgeber am 01.09.2009 mit dem Gesetz zur Modernisierung des anwaltlichen Berufsrechts noch einmal in den Text der BRAO eingegriffen. Nunmehr sind Streitigkeiten, die aus dem anwaltlichen Berufsrecht entstehen, nach den Regeln der VwGO abzuwickeln. Dementsprechend ist das Verfahren der Anwaltskammern ebenfalls dem Verwaltungsrecht unterstellt worden.

III. Historische Aspekte des Anwaltsberufs

Das moderne deutsche Verfahrens- und Anwaltsrecht hat sich nach der Reichsgründung 1870/71 insbesondere durch die sog. Reichsjustizgesetze des Jahres 1877 entwickelt. Als das Reichsgericht am 01. Oktober 1878 mit einem Festakt in der Aula der Universität Leipzig feierlich eröffnet wurde, hatte der Gesetzgeber nach GVG, ZPO, StPO und weiteren Verfahrensgesetzen bereits eine reichseinheitliche Rechtsanwaltsordnung (RAO) geschaffen, die am 01.07.1879 in Kraft trat. Damit waren erstmals in Deutschland ein reichseinheitliches Verfahrensrecht und ein einheitlicher deutscher Anwaltsstand geschaffen – ein bis heute nicht zu unterschätzender Vorzug – man vergleiche nur die verfahrensrechtliche Situation in der Schweiz oder die anwaltsrechtliche Entwicklung in Frankreich und England. Geschaffen wurde mit der neuen RAO auch ein Ehrengerichtshof für die deutschen Rechtsanwälte. Dieser hat schon im Kaiserreich eine umfangreiche Rechtsprechung zur Auslegung und Fortentwicklung der RAO entfaltet, die sich nach allgemeiner Auffassung sehr bewährt hat. Die erfolgreiche rechtsprechende Tätigkeit des Ehrengerichtshofs beim Reichsgericht war von besonderer Bedeutung, weil die RAO 1878 nicht nur einen einheitlichen deutschen Anwaltsstand geschaffen hatte, sondern auch einheitliche Berufspflichten und einheitliche Verfahrensvorschriften. Zugleich verwirklichte sich im Jahre 1878 auch der lange Kampf um eine „Freie Advocatur“, die insbesondere der 5. Deutsche Anwaltstag 1876 in Köln

vehement gefordert hatte. Der Kampf um die Freie Advocatur war bekanntlich auch in der wissenschaftlichen Diskussion ein zentrales rechtspolitisches Anliegen des 19. Jahrhunderts gewesen. Statt Aller ist hier die berühmte Schrift von *Gneist* aus dem Jahre 1867 zu nennen, der darin die Freie Advocatur als die erste Forderung aller Justizreform in Preußen bezeichnet hatte. Mit dieser Entwicklung einer einheitlichen Anwaltschaft war das Deutsche Reich seinen europäischen Nachbarstaaten weit vorausgeeilt.

Wie in vielen Bereichen des Rechts hat allerdings auch beim anwaltlichen Berufsrecht das Jahr 1933 einen tiefen Einschnitt gebracht. Insbesondere wurde schon im Jahre 1934 der Ehrengerichtshof aus dem Reichsgericht ausgegliedert. Vor allem durch das 2. Gesetz zur Änderung der RAO vom 13.12.1935 und durch das Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung ebenfalls vom 13.12.1935 wurden die Grundlagen einer Freien Rechtsanwaltschaft beseitigt. Mit der Bekanntmachung der Neufassung als Reichsrechtsanwaltsordnung vom 21.02.1936 fand diese Entwicklung äußerlich ihren Abschluss.

Nachdem in der nationalsozialistischen Zeit die Freiheit der Advocatur und das Recht auf Zulassung zur Rechtsanwaltschaft aufgegeben worden waren, konnte nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 nicht mehr an die Reichsrechtsanwaltsordnung 1936 angeknüpft werden. Damit war zusammen mit der staatlichen Einheit Deutschlands auch die Einheit einer deutschen Rechtsanwaltschaft mit einheitlichen Organen verloren. An deren Stelle traten zunächst in den Besatzungszonen und später in den einzelnen Bundesländern neues Landesrecht, das teilweise in Anlehnung an die RAO 1878 geschaffen worden war, das aber im Einzelnen große Unterschiede aufwies.

Der fehlenden bundesrechtlichen Grundlage entsprach es, dass auch der Bundesgerichtshof seit 1950 keine Kompetenz im Bereich des anwaltlichen Berufsrechts besaß. Eine systematische Rechtsprechung und Entwicklung zu anwaltsrechtlichen Fragen ist daher in dieser Zeit bis 1959 nicht vorhanden.

Nach langen und intensiven Bemühungen und Kämpfen sowie nach einer siebenjährigen gesetzgeberischen Beratungszeit wurde am 01.08.1959 die neue BRAO verkündet, die am 01.10.1959 in Kraft getreten ist. Damit konnte zum Teil an die RAO 1878 wieder angeknüpft werden. Es gab wiederum ein einheitliches Gesetz und damit zugleich auch eine normativ einheitlich organisierte deutsche Rechtsanwaltschaft. Die neue BRAO hat also vor allem die Rechtsvereinheitlichung wiedergebracht. Mit ihr verbunden war aber keine echte Modernisierung, sondern vielmehr eine auch durch die Rechtsanwaltskammern und die Rechtsprechung geförderte Petrifizierung des anwaltlichen Berufsbildes.

Diese pauschale Feststellung aus rückschauender Sicht und der starke Grad der Versteinerung des anwaltlichen Berufsrechts wurden durch die bereits genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom Juli 1987 mit einem gewaltigen Paukenschlag sichtbar. Mit einem Federstrich wurde nahezu das gesamte anwaltliche Standesrecht, wie es in Konkretisierung der Generalklausel des § 43 BRAO aus den sog. Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts abgeleitet worden war, außer Kraft gesetzt. Denn in seinen Entscheidungen vom 14.07.1987 hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, dass diese Richtlinien als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel nicht mehr herangezogen werden können. Die Richtlinien seien keine ausreichende Grundlage für die Einschränkung der anwaltlichen Berufsausübung. Entscheidender Gesichtspunkt für das Bundesverfassungsgericht war also der Vorbehalt des Gesetzes gewesen. Hinzu kam das Erfordernis einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Satzung, die weitere berufsrechtlich relevante Regelungen ohne einen statusbildenden Charakter beinhalten könnte. Damit war ab diesem Zeitpunkt klargestellt, dass die wesentlichen und zentralen Entscheidungen des anwaltlichen Berufsrechts, also die sog. statusbildenden Normen, in der BRAO selbst vom Gesetzgeber geregelt werden mussten, während für weitere von der Anwaltschaft selbst im Wege einer Satzung niederzulegende Berufspflichten lediglich eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage zu schaffen war.

Die erste und naheliegendste Folgerung aus den berühmten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14.07.1987 bestand also darin, dass nunmehr plötzlich eine hinreichende Rechtsgrundlage für die gesamte anwaltsgerichtliche Rechtsprechung zu den früheren Standespflichten fehlte. Damit hingen zahlreiche Regelungen in der Luft, durch die bisher das anwaltliche Berufrecht geprägt gewesen war. Es ist daher verständlich, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Anwaltschaft zunächst erhebliche Unruhe und Angst vor Veränderungen ausgelöst haben.

Auch wenn diese Phase einer erheblichen Unsicherheit und Instabilität seit längerem überwunden ist, bleibt doch in der Rückschau das Fazit, dass aus sehr verschiedenartigen Gründen zwischen 1933 und 1987 eine lang anhaltende Form von Stagnation und Verkrustung eines Berufsstandes zu verzeichnen war, die in den vergangenen 23 Jahren zwangsläufig Veränderungen in einer teilweise eruptiven Form nach sich ziehen musste.

IV. Die aktuelle Situation und die Zukunft der freien Berufe

1. Die zahlenmäßige Entwicklung

Seit 1950 bis heute ist die Anzahl der in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälte kontinuierlich und relativ stark angestiegen. Gab es im Jahre 1950 ca. 12.000 Rechtsanwälte in Deutschland, so stieg deren Zahl im Jahre 1980 auf 36.000 und im Jahre 1990 auf

56.000 Rechtsanwälte an. Im Jahre 2000 gab es bereits 104.000 Rechtsanwälte und diese Zahl hat sich weiterhin von Jahr zu Jahr um ca. 6.000 erhöht. Zu Beginn des Jahres 2010 waren in Deutschland 153.000 Rechtsanwälte zugelassen. Allerdings hatte sich diese Zahl gegenüber 2009 nur um ca. 2.800 Mitglieder vermehrt. Damit schwächt sich der Zuwachs der Rechtsanwaltschaft nunmehr deutlich ab. Es wird allgemein erwartet, dass diese Abschwächung auch in den nächsten Jahren weiterhin anhält.

Angesichts dieser Zahlen muss allerdings berücksichtigt werden, dass in Deutschland die sogenannten Syndikus-Anwälte als normale Anwälte zugelassen sind. Diese sind bei einem Wirtschaftsunternehmen oder einem Verband angestellt und dort in rechtlicher Beratung tätig, üben aber regelmäßig keine darüber hinausgehende freie Anwaltstätigkeit aus. Nach Schätzungen gibt es in Deutschland ca. 15.000 solcher Syndikus-Anwälte. Weiterhin ist zu bedenken, dass wohl ca. 35.000 Rechtsanwälte kaum oder nicht praktizieren. Dabei ist zu bedenken, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts als freier Beruf keinen Altersgrenzen unterliegt. Es ist also auch ein 90jähriger und seit langem nicht mehr beruflich tätiger Rechtsanwalt weiterhin formell zur Anwaltschaft zugelassen. Diese Überlegungen zeigen, dass derzeit in Deutschland wohl ca. 100.000 Rechtsanwälte in ihrer Eigenschaft als freier Beruf tätig sind.

2. Kanzlei Größen

Eine große Zahl deutscher Rechtsanwälte sind entweder als Einzelanwälte allein in ihrer Kanzlei tätig oder es handelt sich um kleinere Kanzleien mit maximal 5 Rechtsanwälten. Insgesamt wird geschätzt, dass ca. 42.000 solcher kleiner Kanzleien existieren. Daneben gibt es ca. 5.000 Kanzleien mit bis zu 10 Rechtsanwälten, 1.200 Kanzleien mit bis zu 50 Anwälten und 100 Kanzleien, die mehr als 50 Berufsträger aufweisen.

3. Wirtschaftliche Lage

Die finanzielle Situation der deutschen Rechtsanwälte ist sehr unterschiedlich. Es gibt eine Reihe von Spitzenanwälten, deren Jahreseinkommen den Betrag von 1 Mio. Euro überschreitet. Es gibt aber andererseits auch Rechtsanwälte, die von ihrer Anwaltstätigkeit nicht leben können und Sozialhilfe beziehen. Im Durchschnitt aller deutschen Anwälte wird geschätzt, dass der Umsatz bei etwa 100.000 Euro pro Jahr liegt. Von diesem Umsatz sind je nach Art und Größe der Kanzlei Kosten zwischen ca. 48% bis 55% abzuziehen. Dies bedeutet also, dass ein deutscher Anwalt pro Jahr im Durchschnitt etwa 50.000 Euro Gewinn macht, von dem er allerdings seine Steuern und seine Altersversicherung abziehen muss.

Trotz dieser keineswegs überragenden Zahlen beurteilen nach Umfragen der vergangenen Monate mehr als die Hälfte der deutschen Rechtsanwälte die Aussichten positiv und nur 9 % haben die künftigen Chancen als außerordentlich negativ eingestuft.

4. Probleme

Die aktuellen und zentralen Probleme der deutschen Anwaltschaft liegen aber nicht so sehr in der zahlenmäßigen Entwicklung und der Einschätzung der wirtschaftlichen Lage, sondern es sind vor allem europarechtliche Entwicklungen, die zu Diskussionen Anlass geben. So gibt es eine Fülle von Stimmen, die das anwaltliche Berufsrecht und die Stellung des Rechtsanwalts noch viel stärker deregulieren wollen, als dies bereits der Fall ist. Es wird aus der europäischen Sicht vor allem der freie Wettbewerb und damit jede Beseitigung von Wettbewerbsschranken gefordert (im Einzelnen s. u. VI). Damit in einem engen Zusammenhang stehen Fragen der Aufrechterhaltung und der Erosion der Sonderstellung freier Berufe. Mehr und mehr wird heute der Status des freien Berufs als solcher angezweifelt (dazu sogleich). Schließlich sind es insbesondere auch gesellschaftsrechtliche Beschränkungen des Anwalts in seiner Berufsausübung, die immer wieder erneut heftige Diskussionen auslösen (dazu s.u. V.).

5. Die Zukunft der freien Berufe

Das deutsche Recht enthält insbesondere im Bereich des Steuerrechts den Terminus des freien Berufs und will damit für selbständig Tätige eine gewisse Abgrenzung zum Gewerbe bilden. Eine genaue Abgrenzung des freien Berufs ist bisher nicht gelungen. In der Praxis werden freie Berufe gerne als Dienstleistungen höherer Art eingestuft. Hierher gerechnet werden insbesondere Rechtsanwälte, Ärzte, Architekten und Apotheker. Prägend für den Begriff des freien Berufs sind insbesondere ein gewisser Gemeinwohlbezug sowie eine fachliche Unabhängigkeit. Zum Ausdruck kommt dies in einer eigenverantwortlichen und fachlich unabhängigen Berufsausübung, bei der zwar vom Auftraggeber ein bestimmter Auftrag erteilt wird, die Ausführung dieses Auftrags jedoch in einer gewissen Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit durchgeführt wird. Darüber hinaus muss sich zwischen dem Auftraggeber und dem Freiberufler ein gewisses Vertrauensverhältnis bilden, das sich in einer Verschwiegenheitspflicht sowie einem Zeugnisverweigerungsrecht ausprägt.

Dieser Sonderstatus des Rechtsanwalts als Freiberufler wird heute zunehmend kritisiert. Wesentliche Ansatzpunkte für eine Kritik sind die europarechtlich garantierten Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten des EU-Vertrags. Auswirkungen kann dies insbesondere auf die Möglichkeit von Freiberuflern haben, sich in allen denkbaren Gesellschaftsformen zu betätigen. Ähnliches gilt für eine gewisse Werbefreiheit. Besonders schwierig ist die Frage des Fremdbesitzverbots. Hierbei geht es im Kern darum, ob sich Personen, die nicht Angehörige dieses freien Berufs sind, mit einer Kapitalbeteiligung an der Ausübungsgesellschaft von Freiberuflern beteiligen können. Dies wird bisher bei den Rechtsanwälten abgelehnt. Vor kurzem hat der europäische Gerichtshof in Luxemburg zur allgemeinen Überraschung entschieden, dass das in Deutschland geregelte Fremdbesitzverbot auch im Falle von Apotheken rechtsgültig ist (EuGH Urteil vom 19.05.2009).

Schließlich wird im Rahmen des Sonderstatus der Freiberufler auch immer wieder die Frage gestellt, ob deren Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer und die Überwachung des Berufsstandes durch diese Kammer erforderlich und rechtmäßig ist.

Letztlich ist hier die Entwicklung in Deutschland noch nicht endgültig absehbar. Bei einer rein innerdeutschen Beurteilung dürfte wohl der Sonderstatus von Freiberuflern bestehen bleiben. Die Einwirkungen des Europarechts werden dem aber langfristig wohl entgegenstehen.

V. Beschränkungen der Anwaltstätigkeit im Gesellschaftsrecht

Grundsätzlich kann ein Rechtsanwalt seine Kanzlei als Einzelanwalt betreiben oder sich mit anderen Rechtsanwälten zusammenschließen. Bei einem Zusammenschluss wird nach deutschem Recht die Sozietät in aller Regel als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts behandelt, die nach heutiger Rechtsprechung eine rechts- und parteifähige Außengesellschaft darstellt. Allerdings hat der Gesetzgeber seit 1999 ausdrücklich geregelt, dass sich die Rechtsanwälte auch als juristische Personen, insbesondere als GmbH zusammenschließen können (§ 59 c BRAO). Nicht im Gesetz geregelt ist der Zusammenschluss als Aktiengesellschaft, der nach heute herrschender Meinung aber ebenfalls möglich ist. Streit besteht nur noch über die Frage, ob es eine Rechtsanwalts GmbH & Co. KG gibt. Eine KG (= Kommanditgesellschaft) betreibt nach der gesetzlichen Definition ein Handelsgewerbe (§ 161 HGB). Eine solche KG kann daher eigentlich den freien Berufen und damit auch der Anwaltschaft keinesfalls offen stehen. Es fällt jedoch auf, dass der Gesetzgeber die Rechtsform der GmbH & Co. KG seit 2007 den deutschen Wirtschaftsprüfern und seit 2008 auch den Steuerberatern zur Verfügung gestellt hat. Daraus wird heute vielfach entnommen, dass auch die Rechtsanwälte in dieser Form zusammen arbeiten können müssen. Dem ist zu widersprechen. Neben dem Fehlen eines Handelsgewerbes ist auch darauf hinzuweisen, dass die als Komplementärin in einer solchen Gesellschaft auftretende GmbH dem Verbot des Fremdbesitzes gemäß § 59 a Absatz 1 BRAO widersprechen würde.

Weiterhin unzulässig ist nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs auch die Tätigkeit eines Rechtsanwalts als Subunternehmer einer anderen Stelle. Hat sich etwa der Rechtsuchende an ein Unternehmen (Schuldnerberatung, Inkassounternehmen, Detektei) gewandt und dieses mit der Wahrnehmung seiner rechtlichen Angelegenheiten beauftragt, wendet sich dieses beauftragte Unternehmen sodann aber an einen Rechtsanwalt, um ihn als Subunternehmer in die Rechtsverfolgung einzuschalten, so ist diese Konstruktion am Maßstab des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) zu beanstanden (BGH, NJW 2009, 3242).

Der eigentliche Kern der heutigen Diskussion um eventuelle gesellschaftsrechtliche

Restriktionen im Rahmen der freien Berufe dreht sich um das sogenannte Fremdbesitzverbot. Im Kern geht es um die Frage, ob ein nicht zur jeweiligen freien Berufsausübung Zugelassener sich an der jeweiligen Sozietät im Wege eines Kapitalbetrages beteiligen kann. Das Gesetz schließt einen solchen Fremdbesitz für Anwälte gemäß § 59 a Absatz 1 BRAO ausdrücklich aus. Die Gegenauffassung argumentiert aus den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Grundfreiheiten (Dienstleistungsfreiheit, Berufsfreiheit). Einschränkungen dieser Freiheiten bedürfen des Vorliegens zwingender Gründe des Gemeinwohls. Eine solche Gemeinwohlbindung kann sich insbesondere aus dem Grundgedanken des freien Berufs als solchen ergeben. Denn das besondere Charakteristikum eines freien Berufes ist gerade die eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Berufsausübung, die im Hinblick auf die hohen Güter des jeweiligen Mandanten zwangsläufig einen besonderen Gemeinwohlbezug aufweist. Dies ist im Grundsatz für Rechtsanwälte, für Ärzte und für Apotheker anerkannt. Wollte man dem widersprechen, so wäre wohl zugleich die besondere Einordnung als freier Beruf insgesamt zu verneinen. Es war daher eine weit über den konkreten Fall hinausgehende wichtige Frage, wie der EuGH in Luxemburg über das in Deutschland existierende Verbot des Fremdbesitzes bei Apotheken entscheiden würde. Mit seinem Urteil vom 19.05.2009 hat der EuGH dieses Fremdbesitzverbot für europarechts-konform eingeschätzt. Dem wird von Europarechtlern teilweise widersprochen, aber wohl schwerlich zu Recht. Solange wir einerseits von den freien Berufen eine gewisse Berufsethik verlangen und ihnen eine vollständige Kommerzialisierung untersagen, können wir den Gemeinwohlbezug dieser Berufe schwerlich leugnen. Wenn dies der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung künftig anders sehen sollten, müsste man konsequenterweise den Typus des freien Berufes abschaffen und die bisher freiberuflich Tätigen dem Kaufmannsbegriff unterstellen.

VI. Regulierung und Deregulierung des Berufsrechts

Die mit den bisherigen Überlegungen zusammenhängende und wohl aktuellste und schwierigste Frage der Ordnung der Rechtsanwaltschaft liegt in der Ausgestaltung der zukünftigen Entwicklung freier Berufe durch völlige Deregulierung. Diese Diskussion ist zuletzt intensiv auf dem 68. Deutschen Juristentag 2010 in Berlin geführt worden. Gegenstand der Diskussion war eine Liberalisierung des Berufszugangs, des Vergütungssystems, des Werberechts sowie der gesellschaftsrechtlichen Organisations- und Beteiligungsformen.

Freilich wird diese Diskussion in Deutschland nicht freiwillig geführt. Schon seit genau sechs Jahren gibt es nämlich einen gewissen Druck auf den deutschen Gesetzgeber von außen. In einem im Februar 2004 von der Generaldirektion Wettbewerb erstellten Bericht zu den Wettbewerbshemmnissen auf dem Rechtsberatungsmarkt wurde nämlich Deutschland sehr negativ gekennzeichnet und der Spitzengruppe der überregulierten Mitgliedsstaaten zugerechnet. In dem genannten europäischen Bericht fordert der damals zuständige EU-

Kommissar Monti Deutschland zum Abbau seiner berufsrechtlichen Beschränkungen auf. Zentrale Grundlage dieser Aufforderung war eine von der europäischen Union in Auftrag gegebene Studie des Wiener Instituts für Höhere Studien (die sogenannte IHS-Studie). Diese Studie geht von der Prämisse aus, dass aus ökonomischer Sicht eine möglichst geringe Regulierungsdichte anzustreben sei, weil eine intensivere Regulierung für Volkswirtschaft und Verbraucher zu Nachteilen führe. Die Studie stützt diese These auf die Behauptung, in den geringer regulierten Märkten wie etwa in Finnland und in Schweden seien diese Vorteile zu beobachten und kein Marktversagen auszumachen. Allerdings ist in verschiedenen Studien in Deutschland nachgewiesen worden, dass diese Aussage nicht verifizierbar und auch nicht verallgemeinerungsfähig ist, da der von der Studie als Idealtypus angeführte finnische und schwedische Markt gar nicht näher untersucht wurde und zudem als ein Markt mit verhältnismäßig wenigen Dienstleistungsanbietern wohl kaum Rückschlüsse zulässt, welche Folgen eine pauschale Deregulierung des Berufsrechts in Deutschland hätte.

Die Problematik lässt sich exemplarisch an den großen Unterschieden im Bereich des Gebührenrechts verdeutlichen. In Deutschland gibt es gesetzlich festgelegte Gebührensätze und ein Verbot der Gebührenunterschreitung. Bis vor wenigen Jahren gab es ferner ein Verbot von Erfolgshonoraren, das nunmehr in ganz engen Grenzen aufgelockert ist. Demgegenüber macht die EU-Kommission geltend, eine solche tarifliche Gebührenregelung diene in erster Linie dem Interesse des Berufsstandes der Rechtsanwälte an einem gesicherten Einkommen. Dabei wird verkannt, dass das deutsche Gebührensystem im Gegenteil in erster Linie eine soziale Komponente aufweist, dass ferner Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt werden und dass für den Verbraucher ein positiver Effekt entsteht. Die Regulierung der Vergütung sichert nämlich allen Rechtssuchenden gleichermaßen den Zugang zum Recht. Erreicht wird dies zum Einen über die Streitwertabhängigkeit der Gebühren, zum Anderen durch den der Gebühr immanenten Gedanken der Mischkalkulation. Die vom Rechtsanwalt vereinnahmte hohe Vergütung bei hohen Streitwerten kompensiert die nicht kostendeckenden Einnahmen bei niedrigen Streitwerten. Die gesetzliche Tarifbindung ermöglicht die Durchsetzung geringwertige Ansprüche mit Hilfe von Rechtsanwälten, weil die nicht kostendeckende Tarifvergütung in diesen Mandaten durch die Einnahmen aus gebührenträchtigeren Mandaten quersubventioniert wird. Eine solche soziale und verbraucherschützende Komponente des Vergütungswesens ist nur bei einer gesetzlichen Tarifbindung denkbar.

Hinzu kommen die Vorteile fester Kostensätze im Hinblick auf das System der prozessualen Kostenerstattung und der staatlichen Prozesskostenhilfe. Darüber hinaus gestattet ein festes Tarifsystem das Entstehen eines funktionierenden Versicherungsmarktes, auf dem sich die Verbraucher kostengünstig gegen das Prozessrisiko versichern können. Resultat des deutschen Gebührenrechts ist es daher, dass Deutschland der weltweit größte Rechtsschutzversicherungsmarkt ist. Ca. 42 % der Bevölkerung sind durch entsprechende

Versicherungen abgesichert. Mit jährlichen Zahlungen an die Anwaltschaft von mehr als 1,5 Milliarden Euro sind Rechtsschutzversicherer die größten Einkäufer anwaltlicher Leistungen.

Alle diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass staatliche Gebührensätze nicht automatisch unerwünschte und kostentreibende Wettbewerbshindernisse darstellen, sondern dass sie ein komplexes System von prozessualer Kostenerstattung, staatlicher Prozesskostenhilfe, privater Rechtsschutzversicherung und Sicherung des Zugangs zum Recht gewährleisten.

VII. Ergebnis

Die deutsche Rechtsanwaltschaft hat in den vergangenen 60 Jahren zahlenmäßig einen enormen Zuwachs erfahren. Nach ihren Rechtsgrundlagen insgesamt und vor allem dem Berufsrecht hat sie in diesen 60 Jahren mehrfach grundlegende Veränderungen hinnehmen müssen. Diese Veränderungen lassen sich zweifellos unter dem Gesichtspunkt einer extremen Liberalisierung und Deregulierung des Anwaltsmarktes verstehen. Die heute im deutschen Anwaltsrecht noch bestehenden Begrenzungen anwaltlicher Tätigkeit im Gesellschaftsrecht, im Werberecht, im Kosten- und Gebührenrecht, sowie in der Bindung an Rechtsanwaltskammern und an die Berufsgerichtsbarkeit erscheinen manchen weiterhin kritikwürdig. Eine Gesamtschau der Entwicklung zeigt aber, dass diese Restriktionen ein sehr bescheidenes Ausmaß aufweisen und dass sie der Gemeinwohlorientierung des Anwaltsberufes geschuldet sind. Wollte man die genannten Schranken der Freiheit der Berufsausübung beseitigen, so wäre damit gleichzeitig der Sonderstatus des freien Berufes beseitigt. Konsequenterweise müssten die Anwälte dann als normale Gewerbetreibende der Gewerbesteuer unterliegen. Sie wären wohl in allen Bereichen wie Kaufleute zu behandeln. Eine solche Entwicklung erscheint nicht wünschenswert.

